

Sygn. akt KIO 2530/22

Sygn. akt: KIO 2530/22

WYROK

z dnia 17 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez odwołującego: H. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HADM PLUS H. G. Rokocin 4G, 83-200 Starogard Gdański w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk

przy udziale przystępującego: NDI S.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 14 września 2022r. wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz odrzucenia oferty odwołującego, nakazuje zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia wykazu robót i referencji oraz po wezwaniu odwołującego do udowodnienia zamawiającemu spełnienia odpowiednio przesłanek o niepodleganiu wykluczeniu w trybie przewidzianym w art.110 ustawy PZP w związku z art.109 ust.1 pkt 10) ustawy PZP

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (sł.: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego H. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HADM PLUS H. G. Rokocin 4G, 83-200 Starogard Gdański tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk na rzecz odwołującego H. G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HADM PLUS H. G. Rokocin 4G, 83-200 Starogard Gdański kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy

wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Określenie przedmiotu zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie IV-go ETAPU remontu i modernizacji budynku usługowo-magazynowego przy ul. Chmielnej 74/76 w Gdańsku, w celu adaptacji na funkcję biurowo-magazynową budynku administracji publicznej, Numer referencyjny: BL-I.272.3.2022

Numer ogłoszenia: 2022/S102-281887 zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27.05.2022 r.

Odwolujący składając odwołanie wskazał na poniższe czynności oraz zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy Pzp, a co odnosi się do czynności Zamawiającego z dnia 14.09.2022r. polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego oraz uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego w sprawie po stronie Zamawiającego i postawił zarzuty co do naruszenia ustawy PZP.

Zarzuty odwołania sprecyzowano następująco do:

- 1) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp — przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. Wykazu wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót podanych w Wykazie Odwołującego;
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp — przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia;
- 3) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp — przez niezasadne jego zastosowanie, podczas gdy w stosunku do Odwołującego nie ziszczyły się przesłanki do wykluczenia, o których mowa w tym przepisie;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp — przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 5) art. 253 ust. 1 ustawy Pzp — przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI SA. to jest przystępującego po stronie zamawiającego.

Tak sformułowane zarzuty stanowiły podstawę do sformułowania następujących żądań odwołania o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 14.09.2022 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI SA oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez

Odwołującego;

2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego;
3. Nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych;
4. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych;
5. Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert;
6. Zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uzasadnionych kosztów Odwołującego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

W złożonym odwołaniu wskazano następujące okoliczności faktyczne i prawne oraz wskazano dowody na ich poparcie oraz jako podstawę uwzględnienia przez Izbę żądań odwołania:

1. W dniu 02.08.2022r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PHU HADM PLUS. Na powyższą czynność Wykonawca - NDI SA wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu: 1) zaniechanie odrzucenia oferty PHU HADM PLUS H. G. (HDM PLUS), pomimo, iż nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia HADM PLUS, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 2.4 lit. a) SWZ, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego podejmowane w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia HADM PLUS, pomimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnośnie do wartości robót wskazanych w pkt 2 wykazu robót, a dotyczących budynku Szkoły Podstawowej nr 8 przy ulicy Dragana 2 w Gdańsku. W odwołaniu pod Sygn. akt KIO 2094/22 aktualnie Przystępujący a wówczas odwołujący NDI S.A. zarzucił ewentualnie, zaniechanie czynności wezwania HADM PLUS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale XI pkt 2.4 lit. a) SWZ. Wówczas Odwołujący NDI S.A. wniósł o nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty HADM PLUS, czyli aktualnego odwołującego; b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie odrzucenie złożonej przez HADM PLUS oferty, c) wykluczenia HADM PLUS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, a w konsekwencji uznania złożonej przez HADM PLUS oferty jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b PZP, d) względnie — wezwanie HADM PLUS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o którym mowa w Rozdziale XI pkt 2.4 lit. a) SWZ. W dniu 12.08.2022 r. HADM PLUS zgłosił przystąpienie do odwołania po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismem z dnia 19.08.2022 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. W dniu 23.08.2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2094/22. W uzasadnieniu KIO wskazała, że w dniu 19.08.2022 r. Odwołujący - NDI SA pismem z 19.08.2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył oświadczenie, że cofa w całości wniesione odwołanie. W związku z tym, uwzględniając oświadczenie Odwołującego Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zd. drugie ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze.

Izba przy rozstrzygnięciu niniejszego odwołania włączyła w poczet materiału dowodowego akta sprawy Sygn. akt KIO 2094/22.

Na kanwie rozpatrywanej przedmiotowej sprawy, istotnym jest, że aktualny Odwołujący w poprzednim postępowaniu (KIO 2094/22) zajął aktywne stanowisko co do zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego. Miał możliwość złożenia sprzeciwu na czynność Zamawiającego wobec uwzględnienia odwołania. Niemniej aktualny przystępujący po stronie zamawiającego NDI S.A., a wówczas odwołujący, uniemożliwił wniesienie sprzeciwu na czynność uwzględnienia odwołania, składając

wniosek cofnięcia odwołania.

Dla Izby przy rozstrzygnięciu przedmiotowego sporu istotnym jest również okoliczność, że jako jeden z postulatów odwołania w poprzedniej sprawie było, d) względnie — wezwanie HADM PLUS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o którym mowa w Rozdziale XI pkt 2.4 lit. a) SWZ. Niemniej Izba rozstrzygając przedmiotowy spór miała na uwadze, że jednym z postulatów poprzedniego odwołania było również c) wykluczenia HADM PLUS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP w związku z przekonaniem NDI S.A., że wykonawca PHU HADM PLUS, aktualny odwołujący działał w sposób zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Niemniej jednak, jak powyżej Izba podkreśliła, NDI S.A. złożył żądanie ewentualne skłaniające się do wezwania do uzupełnienia dokumentów przez PHU HADM PLUS. Stąd wniosek Izby, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym NDI S.A. nie był do końca pewien czy zarzut naruszenia wskazanego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadzające w błąd przy przedstawianiu informacji co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mające wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego) jest w stanie wykazać. Tym bardziej Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie miała na uwadze całą procedurę wyjaśniania przez Zamawiającego okoliczności co do ewentualnego nadużycia ze strony HADM PLUS zaufania Zamawiającego przy przyjmowaniu oświadczeń co do posiadanego doświadczenia zawodowego HADM PLUS, a ta procedura miała miejsce po uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 2094/22.

Izba rozstrzygając zawisły spór dokonała szeregu ustaleń, na podstawie przedstawionych w sprawie wezwań do wyjaśnienia, których dokonał Zamawiający, zwracając się do inwestora DRMG Gdańsk jak i Odwołującego oraz dokonanej przez Zamawiającego oceny przedstawionych informacji i wyjaśnień.

Jak wynika z okoliczności sprawy w dniu 14.09.2022 r. Zamawiający, w wyniku dokonanych ustaleń, poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI SA/ przystępujący w sprawie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ według oceny Zamawiającego wystąpiły przesłanki do wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty HADM PLUS przedstawił chronologię zdarzeń w ramach przedmiotowego postępowania, uznając spełnienie zastrzeżonej fakultatywnie w SWZ przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a co w ocenie Zamawiającego zważyło jego z wezwania do uzupełnienia wykazu robót Odwołującego.

Punktem spornym w sprawie był pkt 2 Wykazu robót gdzie Odwołujący powołał się na realizację na rzecz Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska (DRMG) roboty budowlanej dotyczącej Zespołu Szkolno - Przedszkolnego nr 8 w Gdańsku, bez wskazania w Wykazie robót: nazwy ulicy inwestora oraz użytkownika. Odwołujący do wykazu dysponował referencją wystawioną przez Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska

potwierdzającą wykonanie zadania pn. Dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji (kwota, data i zakres zadania

odpowiadał informacjom podanym w wykazie) - pismo z dnia 03.07.2020r. - akta sprawy. Przy czym referencja wystawiona w m-cu lipcu 2020r. Sygn. DKM/188/WMA/2020 wskazywała firmę odwołującą, nazwę przedmiotu zamówienia, okres wykonania zamówienia, wartość wykonanych robót, zakres rzeczowy robót, pozytywną ocenę firmy, ale nie wskazywała konkretnego miejsca wykonanych robót w ramach zamówienia tylko co do miejsca stwierdzała „przebudowę budynków użyteczności publicznej DRMG”. Z kolei referencja z dnia 19.07.2022r. wystawiona przez Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 8 w Gdańsku z siedzibą przy ul. Dragana 2 czyli użytkownika, potwierdzała wykonanie przez Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe HADM PLUS H. G. przebudowy budynku szkoły podstawowej pn. „Dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji” - pismo z dnia 19.07.2022 roku. Przy czym Izba zaznacza, że wystawca referencji/użytkownik ma siedzibę przy ul. Dragana 2 (Gdańsk), a jak w toku sprawy wyjaśniał Odwołujący, ma też filię/oddział budynku dydaktycznego przy ul. Dragana 22 (Gdańsk). Wobec braku sprzeciwu co do tych okoliczności ze strony Zamawiającego, jak i Przystępującego NDI S.A. w czasie posiedzenia/rozprawy, Izba uznaje tę okoliczność za bezsporną to jest co do dwóch adresów użytkownika (siedziba i filia). Referencję użytkownika wystawiła Kierownik Administracyjno-

Gospodarczy z tytułem magistra inżyniera, czyli osoba miarodajna. Niemniej również w tej referencji nie wskazuje się miejsca wykonanych robót, tylko zakres informacji zbierzny z referencją z dnia 03.07.2020r. a jak zaznaczono powyżej mogło to być zarówno przy Dragana 2 (siedziba użytkownika - Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 8), jak i przy Dragana 22 (filia użytkownika).

Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2022r. L.dz. BL-I.272.3.2022.MP (w aktach sprawy) wezwał PHU HADM PLUS do wyjaśnień odnośnie do powierzchni budynków Zespołu Szkolno-Przedszkolnego nr 8 w Gdańsku - w przypadku gdyby robota budowlana obejmowała 2 budynki, Zamawiający prosił o informację, czy powierzchnia całkowita któregoś z budynków była równa lub większa niż 2 000 m², a wartość robót wykonanych w tym budynku wyniosła min. 6 000 000,00 zł [Zamawiający poza powyższą kwestią nie wzywał PHU HADM PLUS do innych wyjaśnień co do Wykazu wykonanych robót].

Na powyższe Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 27.07.2022r. (akta sprawy), że w zakresie roboty budowlanej wskazanej w pkt 2 wykazu robót budowlanych (...) budynek podlegający robotom budowlanym zlokalizowany jest przy ul. Dragana 2, a jego powierzchnia użytkowa wynosi 8612,10 m². Dodatkowo Odwołujący załączył pismo Zespołu Szkolno - Przedszkolnego nr 8 w Gdańsku z dnia 27 lipca 2022 r. potwierdzające ww. informacje.

Zamawiający w tym stanie rzeczy dokonał czynności wyboru jak najkorzystniejszej oferty złożonej przez PHU HADM PLUS, a odwołanie złożył Wykonawca NDI SA. Zamawiający po umorzeniu postępowania odwoławczego przez KIO w dniu 30.08.2022 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 02.08.2022 r. W ramach uzasadnienia Zamawiający poinformował, że po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej powziął wiadomość, że HADM PLUS wprowadził Zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych poprzez przedstawienie w pkt 2 Wykazu robót nieprawdziwej informacji w przedmiocie wykonania zadania pn. Dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji w budynku Szkoły Podstawowej nr 8 w Gdańsku przy ul. Dragana 2.

Natomiast Izba w toczącym się aktualnie postępowaniu odwoławczym nie stwierdza nieprawdziwych informacji przynajmniej w Wykazie robót, gdzie nie podano adresu obiektu na którym wykonywano roboty budowlane.

Aspekt nieprawdziwych informacji pojawia się w odpowiedzi Odwołującego z 27.07.2022r. (akta sprawy) na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 lipca 2022r. (akta sprawy), gdzie na pismo kierowane do Odwołującego potwierdza wezwany jako miejsce wykonania robót Dragana 2.

Sam odwołujący w złożonym odwołaniu przyznaje „Okoliczność ta miała istotny wpływ na decyzję Zamawiającego co do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HADM PLUS, pomimo, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności badania i ocen ofert”.

W dalszej kolejności w dniu 14.09.2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI SA oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp [Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż odrzucenie oferty PHU HADM PLUS nastąpiło bez przeprowadzenia ze strony Zamawiającego procedury wyjaśniającej] 3. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, iż kluczową okolicznością dla Zamawiającego, która stanowiła podstawę do wzruszenia wcześniej podjętej decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, były informacje uzyskane przez Zamawiającego od

Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska. Zamawiający w tym zakresie zwrócił się do DRMG z pytaniem — czy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HADM Plus H. G. wykonało w ramach zadania pn. „Dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji” na rzecz DRMG robotę budowlaną dotyczącą budynku przy ul. Dragana 2, którego użytkownikiem jest Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 8 w Gdańsku (zakres robót: 1) roboty rozbiórkowe i przygotowawcze, 2) roboty budowlane, 3) roboty sanitarne, 4) roboty elektryczne, 5) roboty teletechniczne; wartość wykonanych robót brutto: 10 084 337,84 zł; termin wykonania: 21.05.2018 r.- 14.08.2019 r., powierzchnia całkowita: 2000,00m²). Na

powyższe Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, pismem z 17 sierpnia 2022 r poinformowała, że Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe HADM PLUS H. G., w ramach zadania: „Dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji” nie wykonywało robót w budynku przy ul. Dragana 2 w Gdańsku, którego użytkownikiem jest obecnie Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 8. Na podstawie powyższych informacji Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania wniesionego przez NDI SA, a w dalszej kolejności o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty PHU HADM PLUS.

Izba dokonując rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie co do podstaw wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art.109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, przede wszystkim oceniła, czy Zamawiający właściwie wykonał postępowanie wyjaśniające do pkt 2 Wykazu robót, to jest dla ustalenia pobudek i okoliczności postępowania Odwołującego, a w szczególności czy faktycznie Odwołujący celowo wprowadził w błąd Zamawiającego, ponieważ nie posiada własnego doświadczenia zawodowego, a to wszystko z uwagi na obowiązek Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, jaka została jemu złożona.

W tym celu Izba poddała analizie procedurę ustaleń i wyjaśnień po wniesieniu odwołania przez przystępującego NDI S.A. i umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z wycofaniem odwołania przez NDI S.A., a poprzedzającym to wycofaniem uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego (Sygn. akt KIO 2094/22).

Dla przypomnienia chronologii postępowania wyjaśniającego Zamawiającego, Izba jak już wyżej zaznaczyła, w dniu 23.08.2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2094/22. W uzasadnieniu KIO wskazała, że w dniu 19.08.2022 r. Odwołujący - NDI SA pismem z 19.08.2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył oświadczenie, że cofa w całości wniesione odwołanie. W związku z tym Izba, uwzględniając oświadczenie Odwołującego, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zd. drugie ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze, wydając postanowienie w sprawie.

Izba analizując czynności Zamawiającego po wniesieniu odwołania w sprawie KIO 2094/22 to jest po dniu 10 sierpnia 2022r., stwierdza następujące czynności Zamawiającego.

W dniu 11 sierpnia 2022r. pismem L.dz. BL-I.272.3.2022.EK (w aktach sprawy) Zamawiający zwrócił się do DRMG Gdańska, ponieważ wniesiono odwołanie (10 sierpnia 2022r.) z następującymi pytaniami.

Czy odwołujący HDM PLUS wykonywał roboty na Dragana 2, według opisu zakresu, wartości, terminu, powierzchni, rodzaju robót wynikających z Wykazu robót i referencji (z 03.07.20r.,19.07.22r., wezwania z 26.07.22r., odpowiedzi z 27.07.22r.).

W dniu 17.08.22r. Zamawiający otrzymał odpowiedź Sygn. PKM/752/WMA/2022, z której wynika, że HDM PLUS nie wykonywało robót w budynku przy ul. Dragana 2 (akta sprawy). Jednocześnie DRMG wskazuje cztery umowy na szkołach podstawowych w ramach przedmiotowego zadania „Dostosowanie pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji”.

Zamawiającemu powyższa informacja wystarcza, żeby zamknąć sprawę i wykluczyć odwołującego z postępowania, a jego ofertę odrzucić.

Izba przy ocenie postępowania wyjaśniającego Zamawiającego wzięła pod uwagę jego wezwanie z 26.07.2022 (akta sprawy) i odpowiedź Odwołującego z dnia 27.07.2022r. (akta sprawy). Wezwanie mówi o pkt 2 Wykazu, nie stanowi wprost zapytania co do wątpliwości wykonania robót na Dragana 2 przez Odwołującego w ramach zamówienia „Dostosowanie pomieszczeń szkolnych dla potrzeb wynikających z reformy edukacji”.

W ocenie Izby, gdyby Zamawiający wprost zapytał Odwołującego „czy ty wykonywałeś roboty na Dragana 2, ponieważ mam wątpliwości lub konkurencja twierdzi, że nie”, to z pewnością musiałaby nastąpić refleksja po stronie odwołującego.

Wobec tak powierzchownego wyjaśniania sytuacji przez Zamawiającego, dopiero w postępowaniu odwoławczym, w ocenie Izby, w sposób bezstronny i obiektywny ustalono, że nie było to zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo po stronie Odwołującego, ale co najwyżej z jego strony lekkomyślność a najbardziej

niedbalstwo.

Na powyższe okoliczności, to jest co do miejsca wykonywania robót i kwalifikacji zaistniałej omyłki do niedbalstwa, w ocenie Izby, wskazano w postępowaniu przed Izbą, ale to nie z powodu niedbalstwa Odwołującego, tylko z powierzchownego i formalistycznego podejścia do wyjaśnień przez Zamawiającego i nie stawiania pytań wobec zaistniałych wątpliwości Zamawiającego wprost do Odwołującego, na etapie procedury przez Zamawiającym.

Na okoliczność powyższą Izba przywołuje protokół z posiedzenia/rozprawy z dnia 11 października 22 w następujących jego fragmentach:

(...) Odwołujący oświadcza, że wszystkie dowody, które będziemy składali są na okoliczność wykazania wykonania przez Odwołującego robót wymienionych w poz. 2 spornego wykazu oraz udzielonych referencji Odwołującemu. Składają dowody w 3 egzemplarzach. Izba doręcza kopie dowodów Zamawiającemu i Przystępującemu.

Dowody:

1. Umowa nr 233/2018-MPN/107/18 z 21.05.2018 roku. Przywołuje §1 oraz § 4 ust 1 umowy, na dowód wykonania robót wymaganych zgodnie z SWZ (specyfikacja warunków zamówienia) zamawiającego. Załącznik do dowodu nr 1 Umowa nr 327/2018-MPN/137/18 z 29.06.2018 r. i protokół odbioru końcowego zadania z dnia 24.09.2018 roku. Do protokołu załącznik nr 1 - zestawienie dokumentacji odbiorowej, załącznik nr 2 - zestawienie dokumentacji powykonawczej i załącznik nr 3 - karta gwarancyjna. Przywołuje punkt II protokołu ppkt. 3 na okoliczność robót wymienionych w zestawieniu rzeczowym, które zostały wykonane od 22.05.18 r. do 24.08.18 roku. Przywołuje pkt I. ppkt. 5 gdzie jest wymieniony Odwołujący jako wykonawca tych robót.

2. Umowa nr 327/2018-MPN/137/18 z 29.06.2018 r. Przywołuje §1 ust. 1, który potwierdza wykonanie robót zamówienia na dostosowanie wybranych pomieszczeń szkolnych do potrzeb wynikających z reformy edukacji, etap 4 część nr 2 i okazuje załącznik nr 1 protokołu odbioru końcowego z 28.01.2019 roku. W pkt II wymienia się jako wykonawcę Panią H. G. co stanowi potwierdzenie, że była wykonawcą. Przywołuje pkt V pod tabelą na potwierdzenie, że roboty wymienione w zestawieniu rzeczowym niniejszego protokołu wykonano w terminie od 09.07.2018 do 15.02.2019 roku. Załącznikiem nr 4 do tego protokołu jest protokół przekazania wykonanych robót. Załącznik nr 2 pismo z 10.10.2022r. liczba dziennika 880/ZSPU/22 - wystawca Szkoła Podstawowa Gdańsk Zespół

Szkolno-Przedszkolny nr 11 w Gdańsku. Odczytano treść pisma. Oświadcza, że powierzchnia użytkowa Szkoły Podstawowej nr 61 wynosi 2859,80 m². Podpisał dyrektor A. K.. Załącznik karta audytu energetycznego budynku, ze wskazaniem w pkt 4 powierzchni budynku.

3. Umowa nr 499/2018-MPN/238/18 z 04.10.2018 r. na dowód spełnienia warunków SWZ. Przywołano §1 tej umowy. Załącznik nr 1 to protokół odbioru końcowego z 10.09.2019 r. pkt II gdzie wskazano, że wykonawcą jest Odwołujący Pani H. G.. Treść punktu 4 pod tabelą wskazuje, że roboty wykonano w terminie. Do protokołu załączono zestawienie ilości wykonanych robót, załącznik nr 1 zestawienie dokumentacji branża budowlana, załącznik nr 2 zestawienie dokumentacji branża sanitarna, załącznik nr 3 branża elektryczna, załącznik nr 4 karta gwarancyjna, załącznik nr 5 protokół z okresowej kontroli i oceny stanu technicznego elementów budowlanych obiektu budowlanego wykonywany co 5

lat. Przywołuje pkt I.5 wskazanie powierzchni użytkowej 3850 m².

4. Kopia strony książki obiektu budowlanego - dot. budynku Szkoły Podstawowej nr 42. Tak jak przywołano w odwołaniu, ze wskazaniem powierzchni zabudowy 3622 m².

5. Wyciąg dokumentacji projektowej dot. budynku Szkoły Podstawowej nr 61. Odwołujący zwraca uwagę na powierzchnię 297 m².

6. Kopia pierwszej strony protokołu z okresowej kontroli i oceny stanu technicznego elementów budowlanych obiektu budowlanego dot. budynku Szkoły Podstawowej nr 76. Protokół nr 265/03/BO/2021.

Z kolei Przystępujący do jego stanowiska z 10.10.2022 r. przekazuje wniosek NDI w sprawie KIO 2094/22 i z 04.08.2022 r. do DRMG (Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska) liczba dziennika DPP/IK/KŁM/33/57/22 oraz odpowiedź DRMG liczba dziennika BKS-I.054.196.2022.MW na okoliczność, że Pani H. G. nie wykonywała robót wskazanych w pozycji 2 wykazu.

Izba przyjmuje w poczet materiału dowodowego zgłoszone przez Odwołującego powyżej dokumenty oraz zapytanie i udzieloną odpowiedź Przystępującemu przez DRMG, przedstawione przez pełnomocnika Przystępującego na okoliczność informacji w ramach dostępu do informacji publicznej w zakresie poz. 2 wykazu Odwołującego oraz przyjmuje się

w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania prowadzoną i przekazaną przez Zamawiającego do akt sprawy oraz akta sprawy o Sygn. akt KIO 2094/22.(...)”

Na rozprawie stawający wygłosili między innymi następującą argumentację w sprawie

Odwołujący: D. G. Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez pełnomocnika Przystępującego, nie kwestionujemy stwierdzeń zawartych w tym piśmie, w ramach udostępnienia informacji publicznej co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, niemniej uważamy, że nie wprowadzaliśmy w błąd Zamawiającego, przedstawiając zakres robót w pozycji 2 oraz referencje, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Zakres robót wykazaliśmy zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, przedstawiając na posiedzeniu dowody w postaci umów, protokołów odbioru, wyciągów z książek obiektów, które nie zmieniają naszego oświadczenia zawartego w pozycji 2 oraz zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy referencji, niemniej przyznajemy, że zamówienie pod tytułem dostosowania wybranych pomieszczeń szkolnych do potrzeb wynikających z reformy edukacji, etapy 3: nr III, IV, VI były przez nas wykonywane, natomiast przyznajemy, że oprócz naszej firmy udział brał w tej inwestycji DRMG inni wykonawcy m.in. ZPU ELKOR czyli H. J.. Też podajemy i przyznajemy, że my współpracujemy, co potwierdza obecny Pan D.G., z tą firmą, ponieważ my np. jesteśmy firmą transportową, więc udostępniamy im sprzęt również nawzajem wymieniamy się kadrą kierowniczą. Prostuje, tj. precyzuje firmą handlującą autami. W związku z tym jest wymiana pracowników, fachowców oraz w zakresie transportu. Nie ma ona procedury sformalizowanej w postaci konsorcjum, umów spółek. W ramach potrzeb występują indywidualne zlecenia odpłatne.

Uważam, że Zamawiający nie miał prawa mnie odrzucić, przyznaję jednak, że Zamawiający mógł mieć wątpliwości wobec takiej, a nie innej inwestycji, w której zdobywaliśmy doświadczenie i powinien nas wezwać do wyjaśnień.

Ja przyznaję, że Zamawiający miał prawo mieć wątpliwości, bo w wykazie myśmy podali adres Dragana 2 i Przystępujący wyjaśnił, że Dragana 2 robił wykonawca ELKOR. Ja stwierdzam, że jako doświadczenie było podane przede wszystkim instytucja DRMG, ale nie powinniśmy podawać Dragana 2. Pozostałe adresy są zgodne z rzeczywistym zakresem robót.

Pan K. N., nasz kierownik robót, razem z DRMG wybierał pozycje, które mogliśmy

przedstawić jako nasze własne i on tak z inwestorem to ustalił, że praktycznie przyznaje, co okazało się pomyłką. precyzuje, były to uzgodnienia z użytkownikiem Zespół Szkolno-Przedszkolny ul. Dragana 2. Ja mogę stwierdzić, że aktualnie kierownik N. jest kierownikiem robót na Dragana 2, a czy w 2018 roku był delegowany to nie powiem, nie jestem pewien, jest to do sprawdzenia.

Mogła nastąpić pomyłka, ponieważ pracownicy naszej firmy mają umowy nie tylko z nami, ale również inne formy umowne np. zlecenie czy też umowę o pracę w firmie ELKOR i w związku z tym ja uważam, że źródłem pomyłki ze strony kierownika N. mogło być to, że te twarze, tych osób pojawiają się w obydwu firmach, co w efekcie mogło doprowadzić do pomyłki, która firma wykonywała pod danym adresem roboty. Ja muszę też stwierdzić, że ja pełnię funkcję kierownika budowy zarówno w firmie ELKOR, jak i w firmie HDM PLUS, również mój ojciec Mieczysław pełni funkcje zarządcze w obydwu firmach, tj. firmie HDM PLUS i firmie ELKOR.

Zamawiający: W tym miejscu radca prawny Zamawiającego stwierdza, że było prowadzone postępowanie wyjaśniające. Wyjaśnia i przywołuje pismo z 26 lipca 2022 r., odpowiedź udzielona z dnia 27 lipca 2022 r., gdzie wnosi o przeprowadzenie dowodu przez Izbę z treści tych pism i udzielonych odpowiedzi, a ja kwituję to jako udzieloną odpowiedź, że prowadził roboty przy Szkole Podstawowej nr 8, ale przy ulicy Dragana 2, a szkoła posiada filię przy Dragana 22. Z odpowiedzi jednoznacznie wynika, że udzielając wyjaśnień powiedzieli, że wykonywał roboty przy Dragana 2, a nie 22.

W tym miejscu zastępca dyrektora ze strony Zamawiającego oświadcza, że zadano pytania odnośnie Szkoły Podstawowej nr 8, ponieważ ma ona siedzibę przy Dragana 2 i oddział przy Dragana 22, więc chcieliśmy dowiedzieć się, który z obiektów spełnia wymagania co do powierzchni i wartości i otrzymaliśmy jednoznaczną, ale niezgodną z rzeczywistością odpowiedź, że roboty były wykonywane na Dragana 2.

Też przywołuje referencje z 27 lipca 2022r. Mamy dwa oświadczenia użytkownika, czyli Szkoły nr 8, załącznik do wykazu, jak i odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, że w wykazie wskazuje inwestycję Dragana 2, a Przystępujący udowodnił, że Dragana 2 wykonywał ELKOR, jak również też podano, że wykonał obydwie roboty na wystawione referencje przez użytkownika Szkołę Nr 8, które wskazują, że Dragana 2 wykonywał Odwołujący w całości. Uważamy, że doświadczenie, które jest wskazane w wykazie oraz w referencji, a także wyjaśnienia z 27 lipca 2022r., jednocześnie wskazują na podanie nieprawdziwych informacji w wykazie.”(wyciąg z protokołu posiedzenia/rozprawy z dnia 11.10.22r.).

Odwołujący na rozprawie przyznał, że wskazany zakres robót w Wykazie odnosi się do ulicy Dragana 2, ale jednocześnie przedstawił dowody na zakres robót odpowiadający

wymaganiom SWZ.

Postanowienia SWZ, w niniejszej sprawie, nie przewidują fakultatywnej odpowiedzialności z art.109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, do której Izba zakwalifikowała postępowanie Odwołującego, przy z kolei mylnym kwalifikowaniu zachowania Odwołującego przez Zamawiającego (czyli niedbalstwo, a nie zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo). Odwołujący wskazał na posiedzeniu/rozprawie na szereg okoliczności - współpraca, wymiana pomiędzy firmami nie tylko pracowników, ale również osób zarządzających budową, które uwiarygadniają zaistniałą pomyłkę. Niemniej Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do zastosowania tzw. procedury naprawczej w firmie odwołującego, posługując się art.110 ust.2 ustawy Pzp. i przewidując wybór jego oferty, po bezpośrednim wezwaniu do uzupełnienia doświadczenia zawodowego, już przywoływanego na posiedzeniu/rozprawie, na okoliczność bezpodstawności zarzutu z art.109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, co do zamiaru istotnego wpływu na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 23.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego według złożonego rachunku.

Przewodniczący: